

Date de dépôt : 19 janvier 2015

- a) **M 2215-A Rapport du Bureau du Grand Conseil sur la motion 2215 pour nommer une commission d'experts externes au canton chargés de faire la lumière sur les dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'Adeline**
- b) **M 2252 Proposition de motion de M^{mes} et MM. Antoine Droin, Antoine Barde, Béatrice Hirsch, François Lefort, Salika Wenger pour nommer une commission d'experts externes au canton chargés de faire rapport au Grand Conseil sur les dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'Adeline M.**

Rapport de M^{me} Béatrice Hirsch

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le 28 août 2014, le Grand Conseil adoptait la proposition de motion 2215 chargeant le Bureau du Grand Conseil (ci-après : le Bureau) de nommer une commission d'experts externes au canton chargés de faire la lumière sur les dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'Adeline M., psychothérapeute à La Pâquerette. Cette proposition de motion comprenait huit invites.

Le Bureau a examiné cet objet lors de ses séances des 4 septembre, 30 octobre, 1^{er} décembre 2014 et 8 janvier 2015.

Dans un premier temps, le Bureau a estimé opportun de solliciter la Commission des pétitions afin qu'elle suspende ses travaux sur la pétition 1910 portant sur le même objet et qu'elle reprenne ensuite l'examen de cette pétition à la lumière du rapport d'experts, ce que la commission a bien voulu accepter.

Très vite, le Bureau s'est rendu compte que certaines invites risquaient de poser des problèmes juridiques et pratiques. C'est la raison pour laquelle, le 30 septembre 2014, un avis de droit a été sollicité auprès du professeur Etienne Grisel qui était déjà intervenu par le passé pour régler certaines questions juridiques concernant la Commission d'enquête parlementaire sur la Cour des comptes.

L'avis de droit est annexé au présent rapport et laisse apparaître plusieurs problèmes quant à une application intégrale des invites de la motion 2215.

Le premier problème vient du fait que les pouvoirs d'investigation étendus dont dispose le Grand Conseil dans l'exercice de la haute surveillance (comme par exemple la levée du secret de fonction) ne peuvent être délégués à des membres extérieurs au parlement. Il convient d'ajouter que, même dans le cas d'une commission d'enquête parlementaire (ci-après : CEP), le Grand Conseil ne pourrait pas non plus répondre à toutes les invites de la motion car certaines d'entre elles sortent du champ de la haute surveillance parlementaire. Ainsi, quel que soit l'instrument utilisé, toutes les invites ne pourront pas faire l'objet d'investigations faute de compétence ou de base légale suffisante.

Le second problème est pratique dans le sens où des experts indépendants pourraient se voir opposer des refus dans la remise de documents confidentiels ou un refus de répondre à leurs questions en invoquant le secrets professionnel ou médical ou le droit à la protection de la personnalité, rendant ainsi difficile l'exécution du mandat. Cet obstacle ne serait pas complètement levé avec la création d'une CEP qui pourrait aussi se voir opposer des secrets protégés par le droit fédéral ou les dispositions sur le droit de la personnalité.

Analyse du contenu de la proposition de motion

Sur la procédure par analogie avec les dispositions d'une CEP figurant dans l'introduction aux invites

Comme l'indique le professeur Grisel et sur la base de l'article 94 de la constitution genevoise, il n'est pas possible de fonder la base légale du groupe d'experts sur une application par analogie des dispositions relatives à la CEP. Il en va notamment de l'accès aux témoignages et documents non publics qui ne pourrait se faire que sur une base volontaire. Cette précision fait partie de l'amendement général proposé par le Bureau.

Les invites de la motion 2215 sont au nombre de huit :

- ***de déterminer les causes et les origines des dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'une fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ;***

Cette invite peut être conservée en précisant que cet examen devra s'appuyer sur les travaux déjà effectués.

- ***de recueillir tout témoignage utile et d'entendre notamment les témoins écartés par M^e Chappuis lors de son enquête ;***

Cette invite mérite une reformulation plus généraliste dans le sens où le recueil des témoignages utiles se fera sur une base volontaire.

- ***de prendre en considération toutes les pièces apportées par des témoins ;***

Cette invite peut subsister en spécifiant cependant le caractère volontaire de la production des pièces.

- ***de mener une enquête impartiale, avec le concours de personnes domiciliées hors de Genève et sans lien avec la vie politique locale ;***

Comme indiqué dans l'avis du professeur Grisel, cette invite peut prêter à confusion dans le sens où elle fait double emploi avec le but même de la motion qui est de faire appel à des experts hors de Genève sans lien avec la vie politique locale.

- ***de déterminer si ces dysfonctionnements allégués sont susceptibles de se reproduire ;***

Cette invite paraît faire double emploi avec la dernière invite de la motion dès lors qu'il est attendu des experts qu'ils formulent des propositions pour éviter que les dysfonctionnements ne se reproduisent.

- ***de juger de la pertinence de la nomination de l'avocat du conjoint d'Adeline à la présidence des HUG ;***

Cette invite s'écarte des compétences ordinaires d'un parlement en matière de haute surveillance. Il convient par conséquent d'y renoncer, même dans l'hypothèse de la constitution d'une CEP.

- ***de se prononcer sur la sanction infligée à la directrice de La Pâquerette ;***

Cette invite est particulièrement problématique dans le sens où la haute surveillance parlementaire ne prévoit pas que le Grand Conseil se prononce sur des sanctions infligées à des personnes. Une CEP ne pourrait pas non plus examiner cette question et, pour être encore plus clair, ne pourrait pas remettre en cause la sanction, ni même en demander le réexamen.

– *de faire toute proposition ou recommandation utile à l'administration.*

Cette invite fait partie des missions classiques en matière de haute surveillance. Les propositions ou recommandations doivent être adressées au Grand Conseil ou au Conseil d'Etat.

Sur la base des conclusions de l'avis de droit du professeur Grisel, le Bureau a dégagé trois options. La première consistait à confier un mandat restreint aux invites ayant une base légale suffisante à un groupe d'experts externes afin de revenir devant le Grand Conseil avec un rapport qui ne répondrait certes pas à toutes les invites de la motion, mais qui donnerait des éléments au Grand Conseil pour se déterminer sur les mesures à adopter dans le cadre de ses compétences.

Un membre du Bureau proposait comme deuxième option que le mandat intégral prévu par la motion soit confié au groupe d'experts, à charge de ce dernier de déterminer son étendue en fonction des contraintes légales.

La troisième option était de rendre rapport au Grand Conseil pour présenter les difficultés, voire les impossibilités juridiques posées par la motion et de proposer au parlement d'adopter une nouvelle motion permettant au Bureau de confier un mandat qui puisse être rempli intégralement et faire l'objet d'un rapport qui ne laisse pas un sentiment d'inachevé.

Finalement, une majorité du Bureau a privilégié cette dernière option, afin que le Grand Conseil se prononce sur une nouvelle proposition de motion, dans le but que tant la volonté du parlement de clarifier les zones d'ombres entourant le drame de La Pâquerette que le cadre légal soient respectés. C'est le sens de cette nouvelle proposition de motion dont les invites sont exposées ci-dessous.

Proposition de rédaction des invites dans le cadre d'une nouvelle proposition de motion

charge le Bureau de nommer une commission d'experts externes au canton appliquant par analogie les règles de procédure prévues aux articles 230H et 230J de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (LRGC, B 1 01).

Cette commission est chargée :

- **de déterminer les causes et les origines des dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'une fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ;**

- de recueillir tout témoignage utile, spontané ou sollicité, exprimé sur une base volontaire ;
- de recueillir, avec l'accord de son détenteur, toute pièce jugée nécessaire à la clarification des faits ;
- de relever et éclaircir les divergences et compléter les éventuelles lacunes des différents rapports produits à ce sujet ;
- de rendre rapport au Grand Conseil en indiquant, cas échéant, les entités ou personnes qui n'auraient pas donné suite aux sollicitations de la commission d'experts ;
- de faire toute proposition ou recommandation utile à l'attention du Grand Conseil et/ou du Conseil d'Etat.

Conclusion

Malgré la volonté exprimée par le Grand Conseil lors de l'adoption de la motion 2215 le 28 août 2014, il n'est juridiquement pas possible de répondre à toutes les invites de cette motion. Le Bureau, par souci de transparence et afin de tenir l'ensemble de notre Parlement informé de l'avancée des travaux sur la motion 2215, a choisi de vous transmettre le présent rapport et de solliciter l'aval de notre Assemblée plénière, par le biais de la présente motion, afin de pouvoir nommer la commission d'experts et de redéfinir sa mission, en accord avec le cadre légal qui est le nôtre.

Au vu de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de prendre acte du présent rapport sur la motion 2215 et d'adopter la proposition de motion 2252.

Secrétariat du Grand Conseil

M 2252

Proposition présentée par les députés :

*Mmes et MM. Antoine Droin, Antoine Barde,
Béatrice Hirsch, François Lefort, Salika Wenger*

Proposition de motion

pour nommer une commission d'experts externes au canton chargés de faire rapport au Grand Conseil sur les dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'Adeline M.

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant :

- les difficultés juridiques d'application de la motion 2215 ;
- la nécessité d'effectuer une enquête impartiale pour établir les faits et mettre en lumière les dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'Adeline M. ;
- le choix du Grand Conseil de confier cette mission à des spécialistes, non impliqués dans la vie politique du canton ;
- l'importance de rester dans le cadre de la fonction de haute surveillance du parlement,

charge le Bureau du Grand Conseil de nommer une commission d'experts externes au canton appliquant par analogie les règles de procédure prévues aux articles 230H et 230J de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (LRGC, B 1 01).

Cette commission est chargée :

- de déterminer les causes et les origines des dysfonctionnements ayant conduit à la mort d'une fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ;
- de recueillir tout témoignage utile, spontané ou sollicité, exprimé sur une base volontaire ;
- de recueillir, avec l'accord de son détenteur, toute pièce jugée nécessaire à la clarification des faits ;

- de relever et éclaircir les divergences et compléter les éventuelles lacunes des différents rapports produits à ce sujet ;
- de rendre rapport au Grand Conseil en indiquant, cas échéant, les entités ou personnes qui n'auraient pas donné suite aux sollicitations de la commission d'experts ;
- de faire toute proposition ou recommandation utile à l'attention du Grand Conseil et/ou du Conseil d'Etat.

ETIENNE GRISEL

DR EN DROIT, L.L.M. (HARVARD), AVOCAT
PROFESSEUR HONORAIRE
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

2, CHEMIN DES CONDÉMINES
CH-1029 PRÉVERENGES
SUISSE
TÉL.: 021 802 21 49
FAX: 021 802 21 10
E-MAIL: Etienne.Grisel@unil.ch

AVIS DE DROIT

donné au Bureau du Grand Conseil
de la République et Canton de Genève

D'une motion parlementaire instituant une Commission d'enquête
formée d'experts extérieurs au Canton

INTRODUCTION

Le 28 août 2014, le Grand Conseil genevois a voté une motion 2215 qui charge le Bureau de nommer une commission d'enquête formée d'experts externes au canton investie de compétences et agissant par analogie selon les règles prévues aux articles 230F, alinéas 2 à 4, 230G, alinéas 3 à 5, 230H et 230J de la loi portant Règlement du Grand Conseil¹. Cette commission aurait diverses missions, parmi lesquelles la recherche des causes et origines des dysfonctionnements qui ont conduit à la mort

¹ LRGC, B 1 01

d'une fonctionnaire, la récolte de témoignages, la prise en considération de pièces, la conduite d'une enquête impartiale, un jugement sur la pertinence de la nomination à la présidence des HUG, ainsi que sur la sanction infligée à la directrice de l'institution mise en cause, enfin la présentation de « toute proposition ou recommandation utiles à l'administration ».

Le 30 septembre 2014, le soussigné a reçu le mandat d'examiner les problèmes juridiques soulevés par la motion 2215. Se posent en particulier deux questions : en premier lieu, il s'agit de déterminer si la motion est susceptible d'être appliquée telle quelle, conformément aux normes légales applicables ; en cas de réponse négative, il convient de se demander comment les objectifs visés par la motion pourraient être atteints d'une manière conciliable avec la Constitution et la loi genevoises.

Avant tout, il y a lieu de rappeler brièvement les faits, c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles fut acceptée la motion 2215.

A. EN FAIT

La motion 2215 tire son origine de propositions qui avaient été émises au mois de juin 2014. Dans un premier temps, une proposition de motion fut présentée le 3 juin, « afin d'établir toutes les responsabilités dans le cadre de la tragédie vécue par Adeline M. et ses proches ». Cette motion 2212 demandait la création d'une commission d'enquête parlementaire, qui serait chargée des tâches qui se retrouvent, sous une forme légèrement différente, dans la motion 2215. La motion 2212 fut rejetée le 5 juin 2014, par 48 non contre 45 oui. Les motifs de cette décision semblent tenir principalement au souci de laisser les enquêtes administratives et pénale se dérouler sans intervention politique. De leur côté, les

motionnaires faisaient valoir qu'il était nécessaire d'apporter des corrections législatives aux dysfonctionnements constatés et que la commission d'enquête parlementaire aurait pour but de proposer les mesures adéquates.

Le 20 juin 2014 fut déposée une pétition qui demandait une nouvelle enquête impartiale sur toutes les responsabilités relatives à l'affaire et menée par une personne extérieure au canton.

Dans l'intervalle, une seconde motion 2215 proposait de nouveau la création d'une commission d'enquête parlementaire dans le cadre de la même affaire. Cette motion fit l'objet d'un débat du Grand Conseil le 28 août 2014, avec cependant un amendement important, qui transformait la demande d'enquête parlementaire en une proposition d'établir une commission d'experts apolitiques et extérieurs au canton, afin notamment d'éclaircir les contradictions entre les deux rapports administratifs déjà produits. Les partisans de cette proposition invoquaient l'insuffisance des renseignements de fait déjà obtenus et la nécessité d'un regard nouveau et transversal sur les dysfonctionnements qui auraient conduit au drame et provoqué la pétition signée par un grand nombre de citoyens. Alors que certains députés persistaient à penser qu'une enquête parlementaire était opportune dans le cadre de la haute surveillance sur l'administration et les établissements publics, d'autres considéraient qu'une commission d'experts était plus adéquate. En définitive, l'amendement qui préconisait le changement d'une commission parlementaire en une commission d'experts externes au canton fut acceptée par 49 voix contre 29. Quant aux amendements qui tendaient à supprimer certaines des missions confiées à la commission, ils furent rejetés. La motion 2215 amendée fut acceptée par 52 voix contre 30 et 5 abstentions. Elle s'adresse au Bureau, qui est chargé de nommer la commission d'experts externes au canton.

Sans s'opposer formellement à la motion, qui d'ailleurs ne devait pas s'adresser directement au Conseil d'Etat, son représentant a toutefois exprimé son scepticisme, pour ne pas dire plus.

B. EN DROIT

Il y a lieu d'examiner successivement et dans leur ordre logique les deux questions mentionnées plus haut.

Première question : La motion 2215 est-elle susceptible d'être mise en application telle quelle, au regard de la Constitution et de la législation cantonales ?

Cette question fait elle-même surgir trois problèmes, qui sont d'ordre tantôt matériel, tantôt formel, tantôt pratique.

- a. Le problème de fond se pose ainsi : le Grand Conseil peut-il confier à des experts externes les pouvoirs qui sont réservés par la loi à une ou plusieurs commissions parlementaires ? Cet aspect des choses a déjà été abordé succinctement dans l'avis de droit qu'a donné le soussigné au Bureau du Grand Conseil le 27 septembre 2012², mais il mérite d'être examiné d'une manière plus complète ici, puisqu'il s'agit du principal point litigieux.

Il convient de rappeler que la Constitution cantonale énonce le principe de la séparation des pouvoirs (art. 2, al. 2). Elle confie en particulier l'organisation et la direction de l'administration au Conseil d'Etat, ainsi que l'exécution des lois. A cet égard, la Constitution apporte cependant une exception en chargeant le Grand

Conseil d'exercer la haute surveillance sur le Conseil d'Etat, l'administration et les institutions cantonales de droit public (art. 94).

La haute surveillance est une attribution importante du Parlement, qui établit une sorte de contre-pouvoir à l'autorité de l'exécutif et de l'administration. Elle s'analyse comme une singularité du droit suisse, que l'on retrouve dans toutes les collectivités publiques importantes de notre pays. Dans la mesure où elle donne une sorte de prépondérance à l'organe législatif, en permettant son ingérence dans les activités administratives, elle déroge à la séparation des pouvoirs et garantit que toutes les autorités agissent d'une manière opportune, régulière et conforme à la loi³. Dès lors que la haute surveillance s'exerce sur l'ensemble des activités administratives et, d'une manière générale, sur toutes les institutions investies d'une tâche publique, elle recouvre sans aucun doute les activités et les modes de fonctionnement qui sont visés par la motion 2215.

Ainsi que cela ressort expressément de l'article 94 Cst.-Ge, la haute surveillance est par essence une tâche parlementaire. Elle s'exerce principalement par l'intermédiaire de commissions, soit permanentes, soit occasionnelles. En droit genevois, comme d'ailleurs dans la législation de la Confédération et des autres cantons, plusieurs commissions permanentes sont chargées d'exercer la haute surveillance, qu'il s'agisse de la Commission de contrôle de gestion (art. 201A ss de la loi portant Règlement du Grand Conseil de la République et Canton de Genève⁴) ou de la Commission des finances (art. 201 LRGC). La loi prévoit également la faculté pour le Grand Conseil de nommer une commission d'enquête parlementaire *ad hoc* « si des faits d'une gravité particulière survenus au sein des autorités cantonales, d'un établissement ou d'une corporation de droit public cantonal ou de leurs administrations le justifie » (art. 230E LRGC). Comme les autres

³ Sur les rapports entre la haute surveillance et les commissions d'enquête, voir E.Baruh, Les commissions d'enquête parlementaires, Berne 2007, p. 58ss.

⁴ LRGC du 13 sept 1985, Recueil officiel B 1 01

commissions, celle-ci doit naturellement être composée de députés au Grand Conseil.

Se pose dès lors la question si un autre type de commission peut être investi « par analogie » des pouvoirs qui normalement reviendraient à une commission d'enquête parlementaire, tout en étant composé, non pas de députés, mais bien d'experts extérieurs au Parlement. En effet, s'il ne fait guère de doute que la gravité des événements visés justifie une enquête, en revanche il est plus discutable d'admettre que celle-ci soit confiée à des tiers, qui n'appartiennent pas au Parlement, n'endossent pas de responsabilité politique et n'ont pas non plus la légitimité démocratique que confère l'élection populaire. Telle que la Constitution la prévoit, la haute surveillance s'analyse comme une exception au principe de la séparation des pouvoirs. Elle s'entend comme une relation de nature politique entre les organes législatif et exécutif⁵.

A cet égard, il faut rappeler que les commissions parlementaires, soit permanentes, soit occasionnelles, exercent des pouvoirs étatiques importants, en particulier des pouvoirs d'investigation qui ne rencontrent pratiquement aucune limite. Ainsi, la Commission de contrôle de gestion a le droit de demander directement les renseignements et documents qu'elle juge utiles et d'interroger des personnes, sans que le secret de fonction puisse lui être opposé (art. 201A, al. 7, LRGC). Quant à une commission d'enquête parlementaire, elle jouit des mêmes facultés de consultation des documents et d'audition des témoins, en vertu de l'article 230G, al. 3 et 4 LRGC).

Il se conçoit difficilement qu'une commission extraparlamentaire puisse légalement être investie de pareils pouvoirs. Or la motion 2215 se réfère expressément aux « compétences » prévues par les articles 230F et 230G, al. 3-5, LRGC, et il en

⁵ Voir Baruh, op. cit. pp 79ss.

découle manifestement l'intention de donner aux experts extérieurs les mêmes pouvoirs qu'à la Commission de contrôle de gestion et dont dispose également une commission d'enquête parlementaire. Pour des motifs de fond, il ne paraît pas compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 94 de la Constitution que les pouvoirs exorbitants relevant de la haute surveillance soient attribués à des personnes privées, qui n'appartiennent pas au Grand Conseil⁶.

Il serait certes permis de se demander s'il ne conviendrait pas d'appliquer ici, du moins par analogie, les principes applicables à la délégation de pouvoir. Toutefois, les règles dégagées à cet égard par la pratique et la jurisprudence ne paraissent pas applicables en l'occurrence, car elles visent la délégation de pouvoir d'une autorité étatique à une autre autorité étatique ou du moins à une institution semi-publique préexistante. Or, dans le cas présent, il s'agirait de transférer une autorité constitutionnellement attribuée au Grand Conseil à une commission formée *ad hoc* de tiers qui auraient certes des compétences professionnelles avérées, mais ne seraient pas dans une situation comparable à celle d'une autorité étatique ou quasi étatique.

Le Grand Conseil peut certes déléguer une partie de son pouvoir législatif au Conseil d'Etat, mais il ne pourrait pas le faire en faveur d'un groupe d'experts externes. Il ne saurait pas non plus transférer la haute surveillance, dont l'enquête est un élément crucial, à des personnes privées.

- b. Aux objections de fond s'ajoutent des difficultés de nature **formelle**. A supposer que l'enquête puisse être déléguée à des personnes extérieures au Grand Conseil, chose difficile à admettre, une telle opération devrait nécessairement reposer sur une base légale, fût-elle fragile. A vrai dire, il faut se demander si elle n'aurait pas besoin d'une habilitation explicite qui permettrait au Grand Conseil de confier à

⁶ Voir l'avis de droit précité pp. 30 et 32.

des experts extérieurs une compétence que la Constitution donne au Parlement. En effet, il s'agit en l'occurrence du transfert de pouvoirs importants, qui certes ne vont pas jusqu'à la faculté de prendre des décisions obligatoires, mais qui portent néanmoins une atteinte sensible à la situation des autres autorités ou institutions de l'Etat et à celle de personnes privées. Par l'effet d'une simple délégation, non seulement la commission d'experts serait autorisée à exiger des autorités, de leurs agents et même de tiers la transmission de pièces, de renseignements, et des témoignages, mais encore ce pouvoir de contrainte serait complété par la disposition qui interdit aux personnes impliquées dans l'enquête d'opposer le secret de fonction, voire le secret médical. Ces derniers points ont également leur importance.

D'une part, l'article 320, chiffre 1, du Code pénal réprime la révélation de secrets confiés à une personne en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire. Le secret ne vaut pas seulement à l'égard des tiers et de la presse, mais également envers les autres autorités. C'est dire qu'il entre en contradiction avec l'exercice du contrôle parlementaire. Voilà pourquoi les lois topiques facilitent la haute surveillance en prévoyant expressément que certaines commissions du moins ne peuvent se voir opposer le secret de fonction. Tel est le cas en droit genevois, s'agissant de la Commission de contrôle de gestion ou d'une commission d'enquête parlementaire. Cependant, il s'agit là d'une possibilité exorbitante au droit normalement applicable, et il ne serait pas facile d'admettre qu'une pareille dérogation soit faite en faveur d'une commission d'experts *ad hoc* dépourvue de la qualité d'autorité de surveillance et de tout statut institutionnel. A tout le moins, une pareille exception aux règles générales devrait figurer dans une disposition explicite et formelle.

D'autre part, le problème se pose également au sujet du secret professionnel imposé aux médecins et au personnel médical par l'article 321 du Code pénal. Il est

vrai que, d'après une jurisprudence ancienne, c'est l'article 320 qui s'applique au secret médical des personnes qui sont employées dans un établissement public⁷. Cependant, l'arrêt cité n'est pas nécessairement décisif, et les intéressés pourraient être tentés de faire valoir qu'en l'occurrence, le secret médical est spécialement protégé.

Il semble que seule la loi portant règlement du Grand Conseil du 13 septembre 1985 pourrait contenir la base légale nécessaire. Or le titre IV de la loi ne prévoit aucune possibilité de nommer d'autres commissions que celles qui sont composées de membres du Grand Conseil lui-même. Tant les articles 201Ass que les articles 230Ess n'ouvrent aucune voie à la désignation de commissions chargées de la haute surveillance et qui seraient formées d'autres personnes que de députés.

Quant au chapitre VIII du titre III, qui traite de la motion, il ne paraît pas non plus pouvoir servir de fondement légal à une commission d'experts externes investie d'importants pouvoirs. Suivant l'article 143 LRGC, la motion s'adresse soit au Conseil d'Etat, soit à une commission. Le Bureau pouvant être assimilé à une commission, il n'est pas d'emblée exclu qu'il soit saisi d'une motion le chargeant de nommer une commission. Si une telle manière de faire n'est pas absolument impossible, en soi, elle est cependant insolite, l'article 143, lettre b, LRGC prévoyant seulement le mandat donné à une commission d'élaborer un projet de loi, une motion, ou un rapport.

Il ne paraît donc pas possible de voir dans l'article 143 LRGC une base légale suffisante pour la désignation d'une commission d'enquête composée de personnes externes au canton, en dérogation au système constitutionnel et aux dispositions légales. Il est vrai que, d'après l'article 230E, alinéa 3, LRGC, une commission d'enquête est instituée par la voie de la motion. Mais ce n'est pas cette dernière qui

⁷ ATF 118 II 257.

constitue la base légale des pouvoirs de la commission d'enquête, laquelle ne saurait tirer ses compétences que des articles 230Fss LRG. Ce sont précisément des dispositions de ce genre qui manqueraient en l'espèce, puisque les articles 230Fss ne visent pas les commissions d'experts. Faute de reposer sur des fondements légaux suffisants, la commission d'experts se heurterait à des difficultés pratiques, comme on le verra ci-dessous. Le manque de base légale n'est donc pas un argument de nature purement formelle ou théorique, mais pourrait servir d'argument aux institutions ou personnes qui seraient appelées à faire l'objet de l'enquête décidée.

En définitive, le vote de la motion par le Grand Conseil ne suffit pas à suppléer à l'insuffisance de la base légale nécessaire. La motion s'analyse en effet comme une décision qui vise un cas précis et ne saurait donc constituer en elle-même une base légale. Celle-ci ne peut résulter que d'une règle de caractère général et abstrait. Elle n'est pas nécessairement tout à fait explicite et peut figurer, du moins exceptionnellement, dans un texte qui ne se caractérise pas comme une loi au sens formel, mais il serait sans exemple que le vote d'une motion soit considéré à lui seul comme une base légale qui permettrait de déroger au système constitutionnel de la haute surveillance et aux règles posées dans la loi portant Règlement du Grand Conseil. Au surplus, les dérogations au système constitutionnel et légal de la haute surveillance sont telles qu'une base légale formelle serait nécessaire.

Il est vrai que, depuis l'adoption des articles 230Ess LRCG, il y a eu un précédent, le Grand Conseil ayant décidé, sur la base d'une motion 1547, le 13 juin 2003, la création d'une commission extraparlamentaire chargée de vérifier le fonctionnement des institutions durant le G8. Cette affaire paraît cependant assez différente du cas présent à maints égards. D'abord, c'est le Conseil d'Etat lui-même qui proposa l'institution d'une commission extraparlamentaire *ad hoc*⁸. En second

⁸ Voir le Rapport du Conseil d'Etat du 19 mai 2004, M1547-A, p.1.

lieu, c'est à lui et non au Bureau que la motion s'adressait et c'est toujours lui qui était chargé de nommer les membres de la commission, quoique « en concertation avec le Bureau du Grand Conseil ». Quant aux tâches confiées à la commission, elles concernaient les problèmes de fonctionnement durant la crise du G8, l'accord avec le Forum social lémanique, le rôle des observateurs parlementaires, le fonctionnement de la justice et de la police et la comparaison avec la situation vaudoise. Enfin et surtout, les règles énoncées par les articles 230F et 230G étaient certes déjà déclarées « applicables par analogie », mais la commission n'était pas investie explicitement des compétences que lui reconnaissent les articles 230F, alinéa 3, et 230G, alinéas 3 à 5, LRGC. Il ressort d'ailleurs du rapport de la commission déposé le 3 mai 2004⁹ que celle-ci a disposé d'une documentation qui n'était pas confidentielle. La commission a également relevé qu'à plusieurs reprises elle avait émis le vœu d'entrer en possession des rapports conclusifs des autorités et des forces de police étrangères et que, malgré ses efforts, les démarches entreprises à travers les autorités cantonales et fédérale n'ont pas abouti.

Quoique, de toute manière, l'existence d'un précédent ne suffise pas à combler une lacune législative, et malgré les différences assez sensibles avec le cas présent, les débats qui eurent lieu au Grand Conseil les 12 et 13 juin 2003 éclairent quelque peu les intentions du Grand Conseil lorsqu'il créa, pour la première fois depuis l'adoption des articles 230F et 230G LRGC, une commission d'enquête extraparlamentaire. Alors qu'une commission d'enquête parlementaire proprement dite avait été proposée, le Conseil d'Etat préférait la solution d'une commission extraparlamentaire, et le Grand Conseil se rangea à ses vues, essentiellement en raison du caractère hautement politique de l'affaire. Tous étaient conscients de la difficulté de confier une enquête impartiale à une commission composée de députés qui seraient profondément divisés sur les causes et la nature des événements liés à des manifestations publiques en relation avec la tenue du G8 à

⁹ www.Geneve.ch/G8/doc/commission_extraparlamentaire.pdf, pp.10 à 12

Evian. Sans doute certains groupes politiques souhaitaient-ils la nomination d'une commission d'enquête parlementaire¹⁰. Le principal souci demeurait toutefois d'éclaircir les points de fait et de vérifier le fonctionnement des institutions en l'occurrence. A cet égard, il semblait raisonnable de mettre sur pied une commission d'experts indépendants, dont l'objectivité ne pourrait être soupçonnée¹¹. De toute manière, le Gouvernement était décidé à créer une telle commission, de sorte que le Parlement est apparu comme ayant en quelque sorte adhéré à la position de l'exécutif en votant la motion 1547, par 84 oui contre 2¹². Au cours des débats, les questions juridiques posées par cette manière de faire ne furent pas abordées. Il faut dire que la délibération eut lieu quelques jours seulement après les événements. En conclusion, le précédent étudié ne paraît pas décisif.

c. D'un point de vue pratique, il saute aux yeux que la mission confiée à une commission d'experts externes pourrait difficilement en l'espèce être remplie d'une manière satisfaisante. En effet, les pouvoirs dont serait investie cette commission en vertu de l'article 230F, alinéa 2, et de l'article 230G, alinéas 3 à 5, pourraient se heurter d'abord aux objections que soulèveraient les autorités et leurs agents. Ceux-ci seraient en mesure de faire valoir que la commission, n'étant pas composée de députés et ne reposant sur aucune base légale, ne saurait exercer les pouvoirs qui sont constitutionnellement attribués aux députés du Grand Conseil. La difficulté serait plus grande encore s'agissant du secret de fonction et du secret médical, qui sont garantis par le Code pénal fédéral et ne peuvent pas être levés sans que la loi le prévoie expressément. Si les autorités et leurs agents s'avisait d'opposer à la commission d'experts le secret de fonction, le secret médical ou le manque de compétences constitutionnelles et légales, il s'ensuivrait une impasse. Or les personnes concernées seraient d'autant plus fondées à soulever des objections que

¹⁰ Voir Mémorial du Grand Conseil, séance du 12 juin 2003, notamment pp. 17ss.

¹¹ Mémorial du Grand Conseil, séance du 13 juin 2003, pp. 2ss.

¹² P. 10.

deux enquêtes administratives ont déjà été menées et qu'une procédure pénale est en cours. Le danger de cette sorte d'obstruction serait plus grand encore s'agissant des tiers qui seraient appelés à témoigner en vertu de l'article 230G, alinéa 4, LRGC et qui pourraient être tentés d'invoquer leurs droits de la personnalité. Compte tenu de l'étendue des missions dont serait investie la commission d'experts, ce danger ne doit pas être sous-estimé. Certains des points qui doivent faire l'objet des investigations de la commission d'experts concernent l'activité de personnes physiques aussi bien que celle d'organes étatiques ou d'institutions de droit public. Les uns et les autres seraient habilités à contester l'autorité de la commission d'experts, ce qui risquerait de rendre impossible l'accomplissement de ses tâches et de multiplier les litiges.

Seconde question : Les objectifs visés par la motion 2215 pourraient-ils être atteints d'une manière conciliable avec la Constitution et la législation genevoise ?

La motion 2215 vise deux buts qui ne sont pas vraiment compatibles l'un avec l'autre et qui ne s'inscrivent pas bien dans le système de la haute surveillance prévue par la Constitution. Pour prévenir les inconvénients qui pourraient résulter de cette situation, il serait sans doute utile de modifier la décision du Grand Conseil, en choisissant l'une des voies possibles.

- a. En premier lieu, afin d'éviter les malentendus et les contestations, il conviendrait de supprimer dans la définition des missions de la commission d'experts externes la mention « des compétences ... prévues aux articles 230F, alinéa 2 à 4, 230G, alinéa 3 à 5 », de manière que la commission à nommer ne reçoive pas les pouvoirs qui appartiennent exclusivement à une commission parlementaire. Pour le reste, les experts pourraient sans doute suivre, par analogie, les règles de procédure semblables à celles qu'observerait une commission parlementaire et faire rapport au

Grand Conseil, lequel prendrait ensuite position sur les propositions formulées, conformément aux articles 230H, 230I et 230J LRGC). Ainsi, la commission extraparlamentaire pourrait accomplir ses tâches, mais elle ne serait pas en droit de lever le secret de fonction ni le secret médical, elle ne pourrait obliger aucun témoin à s'exprimer et ne pourrait pas non plus requérir la production de pièces confidentielles, mais elle aurait accès à toutes les informations que les intéressés seraient disposés à lui fournir, et rien ne l'empêcherait de mener une enquête impartiale et de se prononcer sur les conclusions en partie contradictoires des deux expertises administratives déjà effectuées. En droit, cette manière de faire permettrait d'éviter des litiges inutiles et une contradiction entre la motion et le système constitutionnel de la haute surveillance, mais en pratique, la différence avec la version originale de la motion 2215 ne serait pas nécessairement très grande, car en définitive, le succès d'une enquête dépend au moins partiellement de la bonne volonté des autorités, de leurs agents et des tiers qui sont appelés à coopérer avec la commission d'enquête. Compte tenu des circonstances dramatiques de l'affaire, il est permis de penser que cette collaboration ne serait pas forcément moins satisfaisante si la commission était privée des pouvoirs que de toute manière la Constitution ne permet pas de lui attribuer. L'expérience faite par la commission extraparlamentaire sur le G8 est à cet égard riche d'enseignements.

Il n'en reste pas moins qu'une différence essentielle, du point de vue juridique, mais aussi pratique, existe entre une commission parlementaire et une commission extraparlamentaire. Celle-ci, n'étant pas une autorité publique proprement dite, est privée des pouvoirs de contrainte dont disposerait une commission d'enquête parlementaire. Cette dernière peut, en effet, exiger des autorités tierces et des autres personnes la transmission de pièces ou des témoignages, sans que le secret de fonction puisse lui être opposé (article 230G, alinéas 3 et 4, LRGC). Si elle se heurte à une tentative d'obstruction, il lui est loisible de recourir à la menace des sanctions pénales prévues par l'article 292 du Code pénal. Suivant cette disposition,

celui qui, sans motif légal, refuse de remettre des documents ou des témoignages s'expose aux peines de l'amende. Celle-ci ne pourra être prononcée que si l'intéressé aura reçu une menace de sanction de la part d'une autorité ou d'un fonctionnaire compétents. Il suit de là que la répression pénale dépend d'une décision proprement dite, prise par un organe officiel. Cette qualité ne pouvant pas être attribuée à une commission d'experts externes, cette dernière serait privée de toute possibilité de contraindre les autres autorités et les tiers de collaborer avec elle. Mais il faut observer que cette conséquence se produirait de toute manière, quelle que soit la formulation de la motion. Comme on l'a vu cette dernière ne peut pas, suivant les règles constitutionnelles et légales, transférer les compétences reconnues par les articles 230F et 230G LRGC.

Il y a cependant quelques points précis sur lesquels des difficultés pourraient surgir, en raison des atteintes qui menaceraient d'être portées aux droits de la personnalité. Il en va ainsi des missions 6 et 7 dont serait chargée la commission d'enquête. La pertinence de la nomination de l'avocat du conjoint de Madame Adeline M. à la présidence des HUG soulève des questions personnelles que l'enquête pourrait difficilement élucider sans toucher aux intérêts des personnes concernées. Il en va de même, et à plus forte raison, de la tâche qui consisterait à se prononcer sur la sanction infligée à la directrice de la Pâquerette. Il est certes loisible à une commission d'enquête de se prononcer sur la régularité ou l'opportunité des décisions prises par l'administration ; cependant, lorsqu'il s'agit de nominations incombant à une autorité tierce ou d'une sanction qui fait suite à une enquête administrative, la commission ne saurait exprimer que son opinion, et encore avec une certaine réserve, d'autant qu'il ne s'agit pas de l'administration interne de l'Etat.

L'une des tâches dont serait chargée la commission d'experts externes figure au quatrième tiret et lui demande « de mener une enquête impartiale avec le concours de personnes domiciliées hors de Genève et sans lien avec la politique locale ». Une

chose n'est pas claire à cet égard : ces personnes sont-elles elles-mêmes des experts externes ou au contraire des tiers qui seraient appelés à coopérer avec ces derniers dans le cadre de l'enquête ? Cet élément mériterait d'être éclairci, du moins si l'intention est d'autoriser la commission d'experts à faire appel au concours de personnes tierces, par une sorte de sous-délégation. On peut d'ailleurs se demander si la motion ne signifie pas que c'est seulement la commission elle-même qui doit être composée de personnes domiciliées hors de Genève et sans lien avec la politique locale. Quoiqu'il en soit, des précisions seraient utiles.

- b. Bien entendu, il y aurait une solution alternative, si le Grand conseil tenait à la poursuite d'une enquête menée en vertu des compétences prévues par les articles 230F et 230G LRGC. Il conviendrait alors de transformer la commission d'experts en une commission d'enquête parlementaire, établie selon les principes prévus par l'article 230E LRGC. Il est vrai que la proposition d'une enquête parlementaire proprement dite fut rejetée par le Grand Conseil le 5 juin 2014, par 48 voix contre 45. Mais il serait loisible au Parlement de revenir sur cette décision. Par exemple, s'agissant de l'enquête sur la Cour des comptes, le Grand Conseil a décidé de nommer une commission parlementaire, dans un second temps, après l'avoir refusé à la suite d'un premier débat. Il faut cependant se rappeler que la commission d'enquête parlementaire pourrait aussi se heurter à des difficultés, si elle entendait requérir des pièces et entendre des témoins en levant le secret de fonction, notamment sur les points qui touchent des droits de la personnalité ou qui mettraient en cause le secret médical. Simplement, elle aurait au moins la faculté de rendre des décisions qui menaceraient éventuellement les intéressés de sanctions pénales, en cas d'insoumission à ses injonctions, possibilité qui serait refusée à une commission formée d'experts externes.

CONCLUSIONS

1. Une commission d'experts extraparlamentaire, composée de personnes extérieures et établie par la voie de la motion ne saurait exercer valablement les « compétences » prévues par les articles 230F et 230G LRGC, pouvoirs qui appartiennent uniquement au Grand Conseil et à ses membres, dans le cadre de la haute surveillance prévue par la Constitution.
2. En particulier, elle n'aurait pas le pouvoir de lever le secret de fonction ou le secret médical, ni d'exiger la production de documents confidentiels ni d'obliger les autorités ou les tiers à être entendus en qualité de témoins.
3. Si les intéressés refusaient leur collaboration, une telle commission serait privée des moyens de contrainte et de sanction éventuelle que reconnaît l'article 292 du Code pénal.
4. Il semblerait donc judicieux, sinon absolument indispensable, afin d'éviter les litiges et les malentendus, d'amender le texte de la motion en supprimant la référence aux « compétences » données à une commission d'enquête parlementaire par les articles 230F et 230G LRGC.
5. Si le Grand Conseil entendait ordonner une véritable enquête, au sens des articles 230Ess LRGC, il devrait, pour respecter la lettre et l'esprit de la Constitution et de la loi, nommer en son sein une commission d'enquête parlementaire.

6. De toute manière, quel que soit le type de commission retenu, les invites données à celle-ci qui touchent les intérêts et les droits de la personnalité, pourraient être supprimés ou du moins modifiés, notamment celles qui concernent une nomination ou une sanction.

Préverenges, le 23 octobre 2014



Etienne Grisel